

## VOTO

**O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator):** Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Partido Social Liberal - PSL, em face dos artigos 2º, §§ 1º, 6º e 7º; e 4º, § 14, da Lei Federal n. 12.850/2013, em razão da suposta ofensa aos artigos 1º, III; 5º, LIV, LVII e LXIII; e 144, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal.

**1. Do conhecimento da ADI ante a superveniência da Lei n. 13.964/2019, responsável pela inserção de novos dispositivos e a modificação da redação de outros previstos na Lei n. 12.850/2013.**

Inicialmente, conheço na íntegra desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, a despeito da superveniência da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019 ("Pacote Anticrime"), responsável por aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, com a alteração na redação de alguns dispositivos da Lei n. 12.850/2013 e a inserção de novos, porque não vislumbro reflexos diretos para os fins do presente julgamento.

Por meio da referida Lei n. 13.964/2019, promoveu-se a inclusão do art. 2º, § 8º e § 9º, do art. 3º-A, do art. 3º-B, § 1º, § 2º, § 3º, § 4º, § 5º e § 6º, do art. 3º-C, § 1º, § 2º, § 3º e § 4º, do art. 4º, § 4º-A, do art. 4º, § 7º, I, II, III, IV, § 7º-A, § 7º-B, § 10-A, § 16, I, II e III, § 17, § 18, do art. 10-A, *caput*, § 1º, I e II, § 2º, § 3º, § 4º, § 5º, § 6º e § 7º, do art. 10-B, *caput* e parágrafo único, do art. 10-C, *caput* e parágrafo único, do art. 10-D, *caput* e parágrafo único, e do art. 11, parágrafo único, bem como se promoveu a modificação da redação do art. 4º, § 4º, *caput*, § 7º, *caput*, § 8º, § 13 e § 16, *caput*, do art. 5º, VI, e do art. 7º, § 3º, todos da Lei n. 12.850/2013.

Todos os dispositivos que foram inseridos se integram ao microsistema previsto na Lei n. 12.850/2013 quanto ao combate ao crime organizado e guardam fina correspondência com os dispositivos apontados como inconstitucionais na ADI (art. 2º, § 1º, § 6º e § 7º, e art. 4º, § 14, ambos da Lei n. 12.850/2013). Já os que foram modificados, embora topograficamente próximos ao dispositivo impugnado (art. 4º), não refletem nele (§ 14, do art. 4º).

Assim, **em razão de não ter havido qualquer mudança no núcleo essencial dos comandos normativos apontados como inconstitucionais**, seja direta (modificação da redação) ou indiretamente (inclusão de algum dispositivo a refletir no art. 2º, §1º, §6º e §7º, e no art. 4º, §14, ambos da Lei n. 12.850/13), afasto a hipótese de perda de objeto, ainda que parcial, da presente ADI. Nesse sentido, já decidi na ADI 2.941/AL, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe de 21/11/2017:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. EMENDA CONSTITUCIONAL 28/2003 DO ESTADO DE ALAGOAS. SERVIDORES PÚBLICOS. VENCIMENTOS. TETO REMUNERATÓRIO. VANTAGENS INDIVIDUAIS. PENSÕES. ALTERAÇÃO POSTERIOR DAS NORMAS PARADIGMAS DA CF /1988. PERDA PARCIAL DO OBJETO. RESTABELECIMENTO DE EFICÁCIA, PELO CONSTITUINTE ESTADUAL, DE NORMA CONSTITUCIONAL FEDERAL TRANSITÓRIA JÁ EXAURIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. **A modificação de dispositivo em face do qual se argumenta a inconstitucionalidade enseja a perda de objeto da ação, a menos que remanesça o núcleo essencial do comando examinado, o que aqui não se verifica.**

[...]

## **2. Do mérito da causa.**

No mérito, identifico quatro questões constitucionais em debate.

A primeira consiste em saber se a previsão normativa do §1º, art. 2º, da Lei n. 12.850/13 teria sido " *vaga, abstrata, fluida, aberta e desproporcional* ", impondo tipificação excessivamente aberta, que atentaria contra os princípios da dignidade humana (art. 1º, III, da CF), da legalidade (art. 5º, II, da CF), do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) e da proporcionalidade.

A segunda consiste em saber se a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 anos subsequentes ao cumprimento da pena, nos casos em

que o funcionário público está envolvido com organizações criminosas (§ 6º do art. 2º da Lei n. 12.850/13), estaria a violar o princípio da proporcionalidade em sua acepção substancial.

A terceira consiste em saber se o §7º do art. 2º da Lei n. 12.850/13, que determina a designação de membro do Ministério Público para acompanhar as investigações que envolvam policiais em crime de organização criminosa, estaria a possibilitar ao órgão acusatório assumir a investigação direta do inquérito policial, subtraindo competência da própria Corregedoria de Polícia.

A quarta e última consiste em saber se seria possível, ao colaborador, renunciar ao seu direito ao silêncio, ou se tal previsão normativa (art. 4º, §14, da Lei n. 12.850/13) violaria o princípio da não incriminação.

### **2.1. Considerações gerais sobre a Lei de Organização Criminosa como fruto do combate ao crime organizado.**

O grande desafio institucional brasileiro da atualidade é evoluir nas formas de combate à criminalidade, efetivando um maior entrosamento dos diversos órgãos governamentais na investigação à criminalidade organizada, na repressão à impunidade e na punição da corrupção, e, conseqüentemente, estabelecer uma legislação que fortaleça a união dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público na área de persecução penal, no âmbito dos Estados da Federação.

O poder público, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, precisa ser *eficiente*, ou seja, deve produzir o efeito desejado, o efeito que gera bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade; bem como zelando pela vida e integridade física de seus agentes, que são os verdadeiros instrumentos de atuação estatal em defesa da Sociedade.

A criminalidade organizada é, hoje, um dos maiores problemas do mundo moderno. Apesar de não se tratar de fenômeno recente, o crescimento das organizações criminosas representa uma grave ameaça à sociedade, especialmente pelo grau de lesividade dos crimes por ela praticados e pela influência negativa que exercem dentro do próprio Estado.

Embora não haja consenso na doutrina acerca da origem das organizações criminosas, há unanimidade no reconhecimento da mais famosa delas: a "máfia italiana", ganhando notoriedade a *Cosa Nostra*, de origem siciliana, a *Camorra*, de origem napolitana, e a *N'drangheta*, da região da Calábria. Com estrutura próxima a uma "família", a máfia italiana, inicialmente, voltou-se às atividades ilícitas relativas ao contrabando e à extorsão. Posteriormente, passou a atuar com o tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, e, por fim, alcançou ramificações na política, comprando votos e financiando campanhas eleitorais, tudo com o objetivo de resguardar o bom andamento das suas atividades ilícitas.

Outro grande exemplo sempre lembrado sobre o tema é a *Yakusa*, de origem japonesa, que tinha por atividades ilícitas o tráfico de drogas (anfetaminas), a prostituição, a pornografia, os jogos de azar, a extorsão e o tráfico de pessoas. A sua formação era composta apenas por homens, pois consideravam as mulheres fracas e incapazes. Via de regra, os seus membros possuíam tatuagens de samurais, dragões e serpentes, que tinham por escopo não apenas identificar os seus integrantes, mas também estabelecer o grau de liderança por eles exercido dentro da organização (além disso, possuíam um código interno extremamente rigoroso, elaborado com base na justiça, lealdade, fidelidade, fraternidade e dever para com a organização).

A *Triáde* chinesa, fundada em 1911 no denominado "Triângulo de Ouro", que abrange a região da Tailândia, Birmânia e Laos, teve a sua atuação direcionada para o tráfico de drogas, a prostituição e a extorsão. Assim como ocorreu na *Yakusa*, a *Triáde* chinesa também era dotada de uma estrutura hierárquica extremamente rígida.

No Brasil, a manifestação mais remota do crime organizado apontada pela doutrina remonta à atuação do cangaço, bando então liderado por Virgulino Ferreira da Silva ("Lampião"). Na atualidade, a criminalidade organizada estruturou-se nos presídios de São Paulo e do Rio de Janeiro, com a formação, respectivamente, do *Primeiro Comando da Capital (PCC)*, em 1993, e do *Comando Vermelho (CV)*, em meados da década de 1980, no Presídio da Ilha Grande.

Nunca é demais lembrar que o *Primeiro Comando da Capital (PCC)* comandou diversos ataques no Estado de São Paulo: (1) em 18 de dezembro de 2000, uma rebelião ocorrida na casa de custódia de Taubaté, dominada pela organização criminosa, terminou com um saldo de 9 presos mortos (quatro deles decapitados) e com a destruição total do espaço físico da

unidade; (2) em 18 de fevereiro de 2001, após ordens da liderança criminosa, foi realizada uma "megarrebelião" por presos de 25 penitenciárias e 4 cadeias públicas, o que mostrou o alto poder de mobilização e a força da organização criminosa na tentativa de intimidar as autoridades constituídas; (3) em meados de 2002, o PCC foi responsável por vários atentados contra autoridades e instalações públicas; (4) em março de 2003, foi determinada a execução do então magistrado Antônio José Machado Dias, da Vara de Execuções Penais da Comarca de Presidente Prudente, responsável pela execução das penas impostas aos presos que se encontravam no Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) de Presidente Bernardes; (5) em novembro de 2003, novos ataques surgiram na cidade de São Paulo, oportunidade em que 2 policiais militares morreram e 5 ficaram feridos; (6) em maio de 2006, depois da transferência de 700 presos para a Penitenciária II de Venceslau, entre os quais os principais líderes da organização criminosa, ocorreram inúmeras rebeliões e atentados contra agentes do Estado, o que gerou a morte de policiais, de agentes penitenciários e de guardas civis; (7) em agosto de 2006, um repórter da Rede Globo foi sequestrado e um vídeo foi entregue à emissora de televisão para que fosse exibido durante a programação em troca da libertação do seu jornalista.

Além do *Primeiro Comando da Capital (PCC)*, em São Paulo, e do *Comando Vermelho (CV)* no Rio de Janeiro, outras organizações criminosas são identificadas no restante do Brasil. É o caso da *Família do Norte (FDN)*, que nasceu em 2006 na cidade de Manaus, do *Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade (CRBC)*, que nasceu em 1999 na cidade de São Paulo, dos *Guardiões do Estado (GDE)*, que atua no Estado do Ceará, e, por fim, dos *Amigos dos Amigos (ADA)*, que foi fundado em 1994 na cidade do Rio de Janeiro.

Todavia, em que pese esse movimento crescente das organizações criminosas no Brasil, não havia, ao menos no campo formal, alguma lei específica para reprimir essas práticas criminosas. Isso porque a primeira regulamentação normativa sobre ações praticadas por organização criminosa foi a Lei n. 9.034, de 03 de maio de 1995. Essa lei, embora deixasse de definir o que se entenderia por organização criminosa, pretendeu regular os meios de prova e os procedimentos investigatórios que versavam sobre o crime resultante de ações do crime de quadrilha ou bando. A referida lei foi modificada, posteriormente, pela Lei n. 10.217, de 11 de abril de 2001, mas sem qualquer reflexo nas definições sobre organização criminosa.

A falta de definição clara acerca do que seria uma organização criminosa e das características que a identificassem fez com que se importasse o conceito apresentado pela Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, que conceituava a organização criminosa no seu art. 2º "a"):

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

O próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Recomendação n. 3/06, propôs a adoção do conceito de "crime organizado" estabelecido na Convenção de Palermo:

2. Para os fins desta recomendação, sugere-se:

a) a adoção do conceito de crime organizado estabelecido na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, de 15 de novembro de 2000 (Convenção de Palermo), aprovada pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, ou seja, considerando o "grupo criminoso organizado" aquele estruturado, de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção das Nações Unidas sobre Crime Organizado Transnacional, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Porém, ao analisar alguns casos concretos envolvendo crimes de lavagem de dinheiro (em que o crime antecedente seria a organização criminosa), ambas as Turmas desta CORTE pacificaram entendimento no sentido de que a Convenção de Palermo não poderia ser utilizada para suprir a omissão legislativa quanto à definição jurídica de organização criminosa. Nesse sentido, os seguintes julgados desta CORTE: Ext 1.520/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 4/4/2018; AP 694/MT, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 31/8/2017; RHC 121.835

AgR/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 23/11/2015 e RHC 124.082/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 6/2/2015, o último com a seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES FORMAÇÃO DE QUADRILHA (CP, ART. 288) E LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, INCISOS V E VII, DA LEI Nº 9.613/98). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE QUADRILHA (CP, ART. 288). NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE NA VIA DO HABEAS CORPUS. INVIABILIDADE DA DENÚNCIA QUANTO AO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO FUNDADO NA PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 1º, INCISO VII, DA LEI Nº 9.613/98, COM A REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.683/12). AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO JURÍDICA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA À ÉPOCA DOS FATOS . RESSALVA DE ENTENDIMENTO CONTRÁRIO DO RELATOR (HC Nº 108.715/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJE DE 29/5/14). DEFINIÇÃO JURÍDICA NÃO SUPRIDA PELA CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE PALERMO, INCORPORADA AO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO PELO DECRETO Nº 5.015/04 . PRECEDENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. EXTENSÃO DOS EFEITOS A CORRÉUS (CPP, ART. 580).

[...]

4. Ressalvado o entendimento do Relator, é atípica a conduta capitulada no art. 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98 - a qual foi imputada ao recorrente -, pois, à época dos fatos narrados na denúncia (1998 a 2005), não havia definição jurídica na legislação pátria para 'organização criminosa'.

5. A Convenção Internacional de Palermo, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº 5.015/04, não supriu essa omissão , conforme assentado majoritariamente pela Corte no julgamento da AP nº 470/MG.

6. Recurso ordinário parcialmente provido, concedendo-se a ordem de habeas corpus para trancar a ação penal proposta contra o recorrente no tocante ao art. 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98.

7. Extensão dos efeitos dessa decisão aos demais corréus que respondem pelo mesmo delito (CPP, art. 580).

Em razão dessa lacuna normativa, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012, que dispõe sobre o processo e o

julgamento colegiado, em primeiro grau de jurisdição, de crimes praticados por organizações criminosas. O conceito de organização criminosa foi então apresentado no seu art. 2º:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 03 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Contudo, o conceito legal de organização criminosa introduzido pelo art. 2º da Lei n. 12.694/12 teve uma pequena vida útil, uma vez que pouco mais de um ano depois da promulgação da referida lei, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013, que definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Por meio da Lei n. 12.850/13, foi introduzido um novo conceito de organização criminosa no art. 1º, § 1º:

§1º - Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Comparando-se o conceito de organização criminosa apresentado pelo art. 2º da Lei n. 12.694/12 e pelo art. 1º, §1º, da Lei n. 12.850/13, inúmeras diferenças puderam ser notadas: **(1)** para a Lei n. 12.694/12, eram necessárias pelo menos 3 pessoas para a caracterização de uma organização criminosa, ao passo que, para a Lei n. 12.850/13, são necessárias apenas 4 ou mais pessoas; **(2)** para a Lei n. 12.694/12, a organização criminosa deveria ter como objetivo a obtenção de vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima fosse igual ou superior a 4 anos ou de caráter transnacional, ao passo que, para a Lei n. 12.850/13, a organização criminosa poderia ter por objetivo a obtenção de vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais (não só crimes) cuja pena máxima fosse superior (e não mais igual) a 4 anos; **(3)** para a Lei n. 12.694

/12, a organização criminosa não era um tipo penal incriminador, uma vez que nem sequer havia previsão de pena, apenas conceituava a organização criminosa e sujeitava o agente a certos gravames (regime disciplinar diferenciado, aumento de pena para o crime de lavagem de dinheiro, entre outros), ao passo que a Lei n. 12.850/13, além de modificar o seu conceito, também tipificou como crime promover, constituir, financiar ou integrar a organização criminosa (art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/13), impondo pena de 3 a 8 anos de reclusão.

Assim, por quase 10 anos, o Judiciário brasileiro admitia o reconhecimento de organização criminosa sem que houvesse lei federal em sentido estrito prevendo a existência do tipo penal correspondente (era utilizado o conceito emprestado da "Convenção de Palermo"), até que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL decidiu pela impossibilidade de suprir a omissão legislativa. Trata-se do período que perdurou desde 12 de março de 2004, com o Decreto n. 5.015, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), até 02 de agosto de 2013, com a promulgação da Lei n. 12.850, que melhor definiu o crime de organização criminosa.

Todas as alterações legislativas com o objetivo de garantir a persecução penal e maior eficácia na produção de prova, especialmente no campo da criminalidade organizada, fizeram-se necessárias diante da complexidade dos bens jurídicos violados e da crescente estruturação e ramificação das organizações criminosas, que contam com vultosos recursos financeiros e, muitas vezes, com a cooperação de agentes públicos.

Na atualidade, como as organizações criminosas passaram a se expandir cada vez mais, organizando-se em forma empresarial e tornando-se parte da economia formal, ocorreu uma verdadeira transnacionalização do crime em escala global. Inclusive, de acordo com informações colhidas no sítio eletrônico da ONU (disponível em: <<https://nacoesunidas.org/crime-organizado-transnacional-gera-870-bilhoes-de-dolares-por-ano-alerta-campanha-do-unodc/>>. Acesso em 25/02/2020), no ano de 2012, foi publicada uma matéria dando conta de que esses negócios ilícitos movimentam cerca de 870 bilhões de dólares ao ano, valores equivalentes a mais de seis vezes o montante disponível para a assistência oficial para o desenvolvimento e comparáveis a 1,5% do PIB mundial ou a 7% das exportações mundiais de mercadorias.

A ONU identificou o tráfico de drogas como o negócio mais lucrativo dos grupos criminosos, gerando cerca de 32 bilhões de dólares. O tráfico de

madeira gera lucros de 3,5 bilhões de dólares por ano, enquanto que o marfim de elefantes, os chifres de rinocerontes e algumas partes de tigres geram cerca de 75 milhões de dólares por ano. Já a falsificação aufer lucros estimados de cerca de 250 bilhões de dólares.

Dentro desse novo contexto de criminalidade organizada, a implementação de instrumentos processuais penais modernos, com mecanismos de ação controlada, punições mais severas e isolamento de lideranças criminosas são medidas necessárias para que o Estado *equilibre forças* com as referidas organizações criminosas, sob pena de tornar inócua grande parte das investigações criminais, principalmente no que tange à obtenção de provas.

Não diverge dessa percepção ARTHUR PINTO DE LEMOS JÚNIOR ( *A investigação criminal diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público* , Editora RT, vol. 795, jan. 2002, p. 411-451), que registra:

Indiscutivelmente, diante da presença dos crimes cometidos por delinquentes profissionais, integrantes de verdadeiras empresas criminosas, a análise da investigação criminal ganha outra dimensão, muito mais exigente, muito mais árdua. Definitivamente, o modelo atual de investigação criminal só serve para satisfazer a impunidade dos grandes e organizados criminosos. Por isso, não só o legislador deve procurar aprimorar os meios investigatórios, mas, sobretudo, desde ontem, deve o promotor de justiça criminal, sem prejuízo do trabalho investigativo da Polícia Judiciária, acompanhar e orientar todos os atos tendentes ao esclarecimento de um delito cometido por grupos organizados, seja através de procedimento ministerial, seja através do inquérito policial.

Esse movimento de combate às organizações criminosas e ao terrorismo foi mundial. Na Alemanha, por exemplo, é permitida a prisão de um suspeito, pela autoridade policial, por 48 horas, conduzindo-se o preso, ao final deste prazo, ao juízo competente para deliberar acerca da manutenção da sua custódia. A pena máxima para o condenado por integrar o grupo terrorista é de 10 anos de reclusão. Por sua vez, na Grã-Bretanha, a polícia pode deter um suspeito por 14 dias (o governo queria ampliar esse lapso prisional para 90 dias, mas o legislativo rejeitou esse projeto). Na Espanha, o suspeito pode ser detido por 5 dias com autorização judicial. A punição prevista para quem lidera organização criminosa é de até 12 anos de prisão, ao passo que, para o associado, a pena é de 9 anos de prisão. Na França, o

período de prisão sem culpa é de 6 dias, certo que a pena para quem integra grupo terrorista é de até 20 anos de prisão e para quem o lidera de até 30 anos de prisão (essas e outras informações estão em JACQUES DE CAMARGO PENTEADO, *Delação Premiada*, p. 630, in JOSÉ DE FARIA COSTA e MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*, Editora Quartier Latin, 2006).

Superadas essas premissas iniciais sobre a Lei n. 12.850/13, passo a analisar os pontos controvertidos apresentados pelo requerente.

## **2.2. A tipicidade do §1º, art. 2º, da Lei n. 12.850/13, à luz do princípio constitucional da legalidade.**

Diz o art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/13:

Art. 2º [...]

§1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

O ponto principal deduzido pelo requerente é verificar se a previsão normativa do §1º, art. 2º, da Lei n. 12.850/13 teria sido " *vaga, abstrata, fluida, aberta e desproporcional* ", de modo a impor tipificação excessivamente aberta, que atentaria contra os princípios da dignidade humana (art. 1º, III, da CF), da legalidade (art. 5º, II, da CF), do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) e da proporcionalidade.

O referido parágrafo tido por inconstitucional pelo requerente apresenta duas condutas delituosas: (a) impedir e (b) embaraçar.

Impedir significa obstar, interromper, tolher, consumando-se com a efetiva cessação da investigação em virtude de determinada conduta praticada pelo agente. É, portanto, crime material.

Embaraçar consiste em complicar, perturbar, atrapalhar, consumando-se no momento em que o agente age ou se omite com a intenção de causar embaraço à investigação, ainda que não haja a sua interrupção. É, portanto, crime formal.

Ao revés do crime de organização criminosa previsto no *caput* do art. 2º da Lei n. 12.850/13, que tem como bem jurídico a paz pública, ou seja, o sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem e proteção jurídica, o crime em análise (§1º, do art. 2º) tem por bem jurídico a administração da justiça.

Como o legislador fez o uso do termo "investigação", é de fácil compreensão que o dispositivo não se aplica ao processo judicial, sob pena de analogia *in malam partem*. O âmbito de aplicação do referido dispositivo cinge-se apenas e tão somente ao inquérito policial e a qualquer outro procedimento investigatório criminal (por exemplo, investigações criminais presididas pelo Ministério Público), desde que referente à infração penal que abranja organização criminosa.

A utilização de termos mais abertos pelo legislador não foi por acaso, mas sim necessária para amoldar condutas penalmente relevantes às alterações sociais cada vez mais rápidas.

No caso específico, a impossibilidade do esgotamento de todas as possíveis condutas a serem praticadas por indivíduos pertencentes às organizações criminosas fez com que o legislador, acertadamente, descrevesse apenas duas condutas no seu §1º do art. 2º: "impedir" ou "embaraçar".

A simplicidade do legislador, a meu ver, foi cirúrgica para a delimitação da referida previsão normativa, afinal, ao contrário do *caput*, do art. 2º, que prevê condutas diversas ("promover", "constituir", "financiar" ou "integrar", pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa), cujo bem jurídico tutelado é a paz pública, aqui, a intenção da lei foi justamente outra, isto é, foi a de tipificar como crime aquele que "obstrui", de qualquer forma, as investigações que envolvam organizações criminosas (o bem jurídico, como visto, é a administração da justiça).

Não se pode argumentar, tampouco afirmar, que o tipo penal em análise seja "vago", "abstrato", "aberto" ou mesmo "desproporcional", sob o argumento de que agindo assim estaria a tipificar um sem-número de condutas. A escolha pelas duas condutas, no meu sentir, foi adequada para punir aquele agente que pretende obstruir investigações envolvendo organizações criminosas (não há na norma penal incriminadora qualquer violação ao princípio da legalidade).

Por fim, entendo que a presença do advérbio "indevidamente" não seria necessária para afastar a apontada "generalidade" do dispositivo; primeiramente, porque o objetivo do Direito Penal não é reprimir condutas legítimas (para essas, inclusive, há as chamadas excludentes de ilicitude e de culpabilidade). Além disso, porque há a definição clara do bem jurídico tutelado (administração da justiça), do sujeito ativo da conduta (qualquer pessoa, portanto crime comum), do sujeito passivo da conduta (o Estado) e dos verbos núcleos do tipo (impedir ou embaraçar), tudo com o objetivo de obstruir investigação de infração penal que envolva organização criminosa. Ressalte-se, também, com relação à conduta de embaraçar, que o elemento normativo "de qualquer forma" deverá ser devidamente analisado no caso concreto, seja para eventual instauração de inquérito policial, seja para posterior oferecimento da denúncia.

Por fim, porque a normatização do preceito primário (e também do secundário) está sujeita à liberdade de conformação pelo legislador, que realiza os juízos valorativos que lhe são próprios, especialmente à luz de questões voltadas à política criminal.

A jurisprudência desta CORTE, inclusive, não admite a indevida intervenção do Poder Judiciário em opção político-legislativa de cominação em abstrato de penas, entendimento que também pode ser aplicado para o raciocínio acima, afinal, a omissão de um advérbio em nada tem a ver com a análise da inconstitucionalidade da norma penal em abstrato, mas sim com questões voltadas a uma opção político-legislativa. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 273, §1º-B, DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, XLVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OPÇÃO POLÍTICO-LEGISLATIVA PARA APENAR DETERMINADOS DELITOS COM MAIOR SEVERIDADE. INCOMPETÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA INTERFERIR NAS ESCOLHAS FEITAS PELO PODER LEGISLATIVO.

1. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário.

2. **O Poder Judiciário não detém competência para interferir nas opções feitas pelo Poder Legislativo a respeito da apenação mais severa daqueles que praticam determinados crimes, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.**

[...]

(RE 829.226 AgR/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 06/03/2015);

DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 180, §1º, CP. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DOLO DIRETO E EVENTUAL. MÉTODOS E CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PENAL. IMPROVIMENTO.

1. A questão de direito de que trata o recurso extraordinário diz respeito à alegada inconstitucionalidade do art. 180, §1º, do Código Penal, relativamente ao seu preceito secundário (pena de reclusão de 3 a 8 anos), por suposta violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena.

[...]

6. Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. **Cuida-se de opção político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma**

7. Recurso extraordinário improvido.

(RE 443.388/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 11/09/2009);

PRISÃO PREVENTIVA - GRAVIDADE DA IMPUTAÇÃO. **A pena prevista para o tipo é norteadada, em opção político-legislativa, pela gravidade do delito.** O potencial ofensivo da conduta não autoriza a custódia precoce, implementada quando ainda em curso o processo revelador da ação penal. [...]

(HC 91.771/BA, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 13/03/2009).

Evidentemente não há como interpretar de modo diverso.

Por todo o exposto, a tipificação do crime previsto no §1º do art. 2º da Lei n. 12.850/13 não padece de qualquer inconstitucionalidade material.

**2.3. Da constitucionalidade da perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e da interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 anos subsequentes ao cumprimento da pena, nos casos em**

**que o funcionário público está envolvido com organizações criminosas, como efeito na sentença penal condenatória.**

Diz o art. 2º, §6º, da Lei n. 12.850/13:

Art. 2º [...]

§6º A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

Aponta o requerente que a previsão normativa de perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 anos **subsequentes ao cumprimento da pena**, nos casos em que o funcionário público está envolvido com organizações criminosas, estariam a violar o princípio da proporcionalidade em sua acepção substancial.

Nada obstante os argumentos levantados, entendo que o referido prazo de 8 anos não representa qualquer violação ao princípio da proporcionalidade, sendo um prazo estipulado pelo legislador à luz do interesse público de ter afastado, do exercício da função pública, aquele que se viu condenado pela prática de crimes previstos na Lei n. 12.850/13.

Por função pública compreende-se toda a atividade desempenhada com o objetivo de consecução de finalidades próprias do Estado, por meio daquele que exerce cargo, emprego ou função pública, nos termos do art. 327 do Código Penal. Exercem função pública todos aqueles que prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta, aí incluídos os agentes políticos, os servidores públicos, assim como os particulares em colaboração com o Poder Público.

A previsão normativa do referido §6º da Lei n. 12.850/13 nada mais é do que uma hipótese especial da regra geral contida no art. 92 do Código Penal, que prevê como efeito específico da sentença condenatória irrecorrível a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública (art. 92, I, "a", do CP), ou, nos demais casos, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 anos (art. 92, I, "b", do CP). Os efeitos, porém, não são automáticos, devendo ser

motivadamente declarados na sentença, conforme previsão expressa do art. 92, parágrafo único, do Código Penal.

Todavia, nos casos envolvendo a Lei n. 12.850/13, não importa a quantidade da pena imposta ao agente, mas apenas que ele seja funcionário público e que a sentença penal condenatória transite em julgado. O efeito aqui, ao contrário do que ocorre na previsão geral do Código Penal, é automático e não prescinde de pedido expresso do Ministério Público. Por sinal, se o acusado estivesse, à época do crime, em pleno exercício do cargo, vindo a se aposentar depois, a doutrina entende plenamente legítima a cassação da sua aposentadoria.

Assim, havendo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória que decretou a perda do cargo, emprego ou função, a autoridade administrativa tem o dever legal de proceder à demissão do funcionário público ou à cassação da aposentadoria, independentemente da instauração de processo administrativo disciplinar, que se mostra desnecessária. Qualquer apuração realizada a *posteriori* no âmbito administrativo não terá o condão de modificar a força do decreto penal condenatório.

Além das previsões normativas mencionadas no Código Penal (art. 92, I, do CP) e na Lei n. 12.850/03 (art. 2º, §6º), outras legislações especiais também possuem dispositivos similares de perda do cargo, função ou emprego público. Vejamos alguns exemplos: **(a)** art. 52, parágrafo único, da Constituição Federal (consequência do processo de *impeachment*); **(b)** art. 1º, §5º, da Lei n. 9.455/97 (Lei de tortura); **(c)** art. 1º, I, "e", da LC 64/90, com as modificações promovidas pela LC 135/10 (Lei das inelegibilidades).

No *campo constitucional*, o art. 52, parágrafo único, da CF/88 prevê que:

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Desse modo, acaso comprovada a prática do crime de responsabilidade por um dos sujeitos constantes no art. 52, I e II, da Constituição Federal (Presidente e do Vice-Presidente da República, bem como dos Ministros de Estado e dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos

crimes da mesma natureza conexos com aqueles, bem como dos Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, dos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União), o Senado Federal, pelo voto de 2/3 dos seus senadores, imporá, como pena à prática do crime de responsabilidade, a perda do cargo, com a inabilitação, pelo prazo de 8 anos, para o exercício da função pública.

Por sua vez, no campo da *legislação penal especial*, o art. 1º, §5º, da Lei n. 9.455/97 (Lei de tortura) aponta que:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

[...]

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

A depender das circunstâncias do caso concreto e da dosimetria da pena do agente, uma eventual condenação pela prática de um dos crimes previstos no art. 1º da Lei n. 9.455/97 poderá ensejar a perda do cargo, função ou emprego público, e a interdição para o seu exercício por prazo muito superior ao previsto no §6º do art. 2º da Lei n. 12.850/13 (oito anos). Aqui, a condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada, previsão ainda mais drástica do que a prevista na Lei n. 12.850/13, contra a qual o requerente se insurge.

A propósito, esta CORTE sempre entendeu possível a aplicabilidade da referida previsão normativa: ARE 1.210.918 AgR/MG, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 16/10/2019; ARE 1.122.625 AgR/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe de 10/6/2019; ARE 1.105.783 AgR/RN, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 12/6/2018; ARE 799.102 AgR-segundo/RN, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 9/2/2015; HC 120.711/MS, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 7/8/2014 e AI 769.637 AgR-ED-ED/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 16/10/2013.

Neste último julgado, o ilustre Decano desta CORTE, Min. CELSO DE MELLO, trouxe inúmeras considerações que entendo pertinentes mencionar:

[...] Esta é uma verdade que não se pode desconhecer: a emergência das sociedades totalitárias está causalmente vinculada, de modo rígido e inseparável, à desconsideração da pessoa humana, enquanto valor fundante da própria ordem político-jurídica do Estado.

A tortura, nesse contexto, constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.

Atenta a esse fenômeno, a Assembleia Nacional Constituinte, ao promulgar a vigente Constituição do Brasil, nela fez inscrever, como princípios fundamentais da nova ordem jurídica, os seguintes valores essenciais:

- "(a) a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, n. III);
- (b) a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, n. II);
- (c) o repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, n. III);
- (d) a punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, n. XLI);
- (e) a inafiançabilidade e a impossibilidade de concessão de graça ou anistia ao crime de tortura (artigo 5º, n. XLIII);
- (f) a proscricção de penas cruéis (artigo 5º, n. XLVII, "e");
- (g) a intangibilidade física e a incolumidade moral de pessoas sujeitas à custódia do Estado (artigo 5º, n. XLIX);
- (h) a decretabilidade de intervenção federal, por desrespeito aos direitos da pessoa humana, nos Estados-membros e no Distrito Federal (art. 34, n. VII, b);
- (i) a impossibilidade de revisão constitucional que objetive a supressão do regime formal e material das liberdades públicas (artigo 60, §4º, n. IV)." (grifei)

Impende destacar, de outro lado, que **a condenação penal imposta ao torturador, seja este agente público civil ou militar, implicará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada** (Lei nº 9.455/97, art. 1º, §5º).

Essa, também, é a compreensão manifestada por ALBERTO SILVA FRANCO, RAFAEL LIRA e YURI FELIX (Crimes Hediondos, p. 212, item n. 2, k, 7ª ed., 2011, RT), cuja lição sobre o tema vale reproduzir:

"O §5º do art. 1º da Lei 9.455/97 estatui que a sentença condenatória, por tortura, desde que transitada em julgado, acarretará a perda do cargo, função ou emprego público do agente público. Cuida-se, no caso, de efeito automático da condenação, não

dependente de motivação, ou do tempo de duração da condenação. Além disso, o legislador penal, em discrepância com o que foi estabelecido na Reforma Penal de 1984, ressuscitou a pena acessória de interdição para o exercício de cargo, função ou emprego público. Tal interdição deverá ter a duração do dobro do prazo da pena aplicada." (grifei)

Igual orientação, por sua vez, é adotada por outros eminentes autores que sustentam ser automática a perda do cargo como efeito necessário resultante da condenação penal imposta ao agente público pela prática do crime de tortura (FLÁVIO MARTINS ALVES NUNES JÚNIOR, *Leis Penais Especiais*, p. 288, item n. 7.12, 2013, RT; RICARDO ANTONIO ANDREUCCI, *Legislação Penal Especial*, p. 661, item n. 7, 8ª ed., 2011, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, *Tortura: Notas sobre a Lei 9.455/97*, in RT, vol. 746/476 e ss., item n. 8; FLÁVIA CAMELLO TEIXEIRA, *Da Tortura*, p. 147/148, item n. 2.7, 2004, Del Rey, v.g.).

Por fim, no *campo eleitoral*, o art. 1º, I, "e", da LC 64/90, com as modificações promovidas pela LC 135/10, possui a seguinte redação:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

[...]

Tal dispositivo foi objeto de discussão nas ADCs 29/DF e 30/DF e na ADI 4.578/AC (Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe de 29/6/2012), e teve a sua constitucionalidade reconhecida após longos debates pelo PLENO desta CORTE. Entendeu-se, na ocasião, que a previsão legal de impedimento em 8 anos após o cumprimento da pena para o exercício de mandato eletivo seria razoável e proporcional, uma vez que, embora constitua um prazo dilatado (8 anos), ele estaria inserido dentro do âmbito da liberdade de conformação do legislador.

Após o julgamento acima, o Tribunal Superior Eleitoral, como não poderia ser diferente, sedimentou entendimento no sentido da aplicação do prazo de 8 anos após o cumprimento da pena, mercê da constitucionalidade dos dispositivos constantes na LC 135/10: AgR no RO 53.934/SP, Rel. Min.

ARNALDO VERSIANI, DJ de 30/10/2012; AgR no RESPE 13.577/MG, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI, DJ de 6/11/2012; AgR no RESPE 2.361/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJ de 20/11/2012; RESPE 11.661/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 21/11/2012; AgR no RESPE 14.823/SP, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe de 18/03/2013; AgR no RESPE 9.677/MG, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe de 25/03/2013; ED no RESPE 30.428/RJ, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 13/09/2013; RO 80.880/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 02/10/2014; RESPE 35.873/DF, Rel. Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJ de 2/10/2014; AgR no RO 44.087/RO, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 13/11/2014; AgR no RESP 18.840/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJ de 3/11/2016; RESPE 7.586/SC, Rel. Min. ROSA WEBER, DJ de 19/12/2016 e AgR no RESPE 14.797/MA, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 13/09/2017, a última com a seguinte ementa:

ELEIÇÕES 2016. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. INDEFERIDO. CARGO. VEREADOR. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LC Nº 135/2010. INELEGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 1º, I, E, 7, DA LC Nº 64/90. REGRAS INTRODUZIDAS E ALTERADAS PELA LC Nº 135/2010. APLICAÇÃO ÀS SITUAÇÕES ANTERIORES À SUA VIGÊNCIA. ADCs Nº 29 E Nº 30 E ADI Nº 4.578/STF. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A hipótese restritiva ao ius honorum insculpida no art. 1º, inciso I, alínea e, da Lei Complementar nº 64/90 exsurge como efeito secundário de condenação judicial, transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, pela prática de ilícitos penais nele descritos, ainda que anterior à vigência dessa norma. Precedente: AgR-REspe nº 18840/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, PSESS de 3.11.2016.

**2. A causa de inelegibilidade veiculada na alínea e do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, na novel redação dada pela LC nº 135/2010, recebeu a chancela de sua constitucionalidade no julgamento das ADCs nº 29 e nº 30, ambas de minha relatoria .**

3. O pronunciamento da Suprema Corte, nas ADCs nº 29 e nº 30, deve ser compulsoriamente observado por juízes e Tribunais, posto ser revestido de eficácia erga omnes e efeitos vinculantes, não se revelando possível proceder-se a reduções teleológicas no âmbito de incidência das disposições declaradas constitucionais.

[...]

Assim, se se entendeu constitucional a previsão legal contida na LC 64/90, com as modificações promovidas pela LC 135/10, com muito mais razão a previsão normativa da Lei n. 12.850/13 deverá ser tida como

constitucional, afinal o efeito da sentença penal condenatória busca evitar a influência ilegítima de funcionários públicos envolvidos em crimes previstos na lei de organização criminosa no âmbito da Administração Pública, em prejuízo ao interesse público.

Além disso, a previsão normativa mostra-se plenamente justificável, em razão da notável reprovabilidade da conduta daqueles (agentes públicos) que se envolvem com organizações criminosas.

A discricionariedade quanto ao prazo previsto como efeito da sentença penal condenatória para a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo, e para a interdição para o exercício de função ou cargo público, como visto no item anterior, encontra-se dentro do espectro do Poder Legislativo, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. Nesse sentido os seguintes precedentes deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: RE 829.226 AgR/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 6/3/2015; RE 443.388/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 11/09/2009 e HC 91.771/BA, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 13/3/2009.

Patente, pois, o respeito ao *princípio da razoabilidade*, uma vez que observadas as necessárias proporcionalidade, justiça e adequação entre a norma impugnada e as normas constitucionais protetivas do indivíduo investigado pelo Estado, acarretando a constitucionalidade da norma, pois, como salientado por AGUSTÍN GORDILLO ( *Princípios gerais do direito público*. São Paulo: RT, 1977, p. 183), a atuação do Poder Público será sempre legítima, desde que com racionalidade, ou ainda, no dizer de ROBERTO DROMI ( *Derecho administrativo*. 6. Ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 36), a razoabilidade engloba a prudência, a proporção, a indiscriminação, a proteção, a proporcionalidade, a causalidade, em suma, a não arbitrariedade.

Logo, o § 6º do art. 1º da Lei n. 12.850/13 é constitucional, não ferindo o princípio da proporcionalidade em seu sentido substancial, haja vista que o Congresso Nacional, dentro do seu espectro de funções constitucionais e por questões de política criminal, bem delimitou o alcance do efeito da sentença penal condenatória àqueles funcionários públicos que praticassem crimes previstos na Lei n. 12.850/13.

**2.4. Da constitucionalidade de membro do Ministério Público acompanhar o inquérito policial instaurado pela Corregedoria de Polícia, quando houver indícios de que policiais estariam envolvidos nos crimes previstos na Lei n. 12.850/13.**

Diz o art. 2º, § 7º, da Lei n. 12.850/13:

Art. 2º [...]

§7º Se houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

De acordo com o art. 2º, §7º, da Lei n. 12.850/13, havendo indícios de participação de policial nos crimes previstos na referida lei especial, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o processo até a sua conclusão.

O requerente, então, sustenta que a designação de membro do Ministério Público, para acompanhar as investigações que envolvam policiais em crime de organização criminosa, estaria a possibilitar ao órgão acusatório assumir diretamente a investigação do inquérito policial, subtraindo competência da própria Corregedoria de Polícia.

Tal conclusão não procede.

Isso porque, embora o dispositivo tenha a pretensão de atribuir à respectiva Corregedoria de Polícia a exclusividade da apuração de fatos envolvendo policiais investigados na prática dos crimes previstos na Lei n. 12.850/13, ele não tem o condão de sobrepor-se aos dispositivos constitucionais que dão amparo à investigação realizada diretamente pelo Ministério Público.

A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal, com a titularidade exclusiva da ação penal pública, quanto no campo cível, como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública.

Além de garantidor e fiscalizador da Separação de Poderes, o legislador constituinte conferiu ao Ministério Público funções de resguardo ao *status* constitucional dos indivíduos, armando-o de garantias que possibilitassem o exercício daquelas e a defesa destes.

Para poder cumprir o seu importante papel no regime democrático, a Constituição Federal conferiu diversas funções institucionais ao Ministério Público, entre elas, a promoção privativa da ação penal; o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionalmente assegurados, a expedição de notificações nos procedimentos administrativos de sua competência e a requisição de informação e documentos para instruí-los, a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, bem como o exercício do controle externo da atividade policial. Além disso, o texto constitucional deixou clara a sua exemplificatividade, pois permitiu à legislação ordinária a atribuição de outras funções, desde que compatíveis com a sua finalidade constitucional.

Ao erigir o Ministério Público como garantidor e fiscalizador da separação de poderes e, conseqüentemente, dos mecanismos de controles estatais (art. 129, II, da CF), o legislador constituinte conferiu à instituição função de resguardo ao *status* constitucional do cidadão, armando-o de funções, garantias e prerrogativas que possibilitassem o exercício daquelas e a defesa destes.

Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* –, pela qual no exercício da sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas ( *Myers v. Estados Unidos* – US 272 – 52, 118), consagrando-se, dessa forma, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício da sua missão constitucional, apenas sujeitas a proibições e limites estruturais da Constituição Federal.

A origem histórica da teoria dos poderes implícitos na jurisprudência dos Estados Unidos está associada ao célebre caso *McCulloch v. Maryland* :

[...] no qual a Suprema Corte norte-americana julgou inconstitucional uma lei do Estado de Maryland que tributava os bancos que funcionavam sem autorização nesse Estado. Essa lei

voltava-se especificamente ao *Bank of the United States*, criado em 1791 para servir como um banco central para o país. O Estado de Maryland, opositor à criação do referido *Bank of the United States*, determinou o pagamento de um tributo anual no valor de \$15.000. Segundo a doutrina federalista norte-americana, os poderes nacionais, pertencentes à União, são chamados enumerados ou delegados. Isso porque são especificamente enumerados pela Constituição em seu artigo I, sessão 8, cláusula 18. Os poderes dos Estados são chamados residuais ou reservados, decorrentes da sua não atribuição ao ente federal. [...] Tradicionalmente, havia uma divergência no tocante à extensão dos poderes da União. Os construcionistas em sentido estrito (*strict constructionists*) entendiam que a União apenas possuiria os poderes especificamente listados na Constituição. Para os construcionistas em sentido amplo (*loose constructionists*), outros poderes poderiam ser interpretados como pertencentes à União, ainda que não fossem listados no texto constitucional. A par dessa discussão, no referido julgamento, entendeu-se que seria impossível se enumerar todos os poderes necessários à concretização das competências atribuídas a um ente da Federação. Assim, quando a Constituição atribísse uma função a um determinado ente, dever-se-ia considerar que todos os poderes necessários à concretização desse objetivo também seriam implicitamente concedidos.

A teoria é pacificada na jurisprudência brasileira, como se depreende dos precedentes: ADI 2.480/PB, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJe de 15/6/2007; ADI 2.797/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJe de 19/12/2006 (voto proferido pelo Decano, o Min. CELSO DE MELLO); Rp 1.360/PE, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJe de 30/4/1998; RE 128.881/RO, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJe de 7/10/1994; RE 43.353/RJ, Rel. Min. VICTOR NUNES, Segunda Turma, DJe de 9/2/1966; RHC 34.823/RS, Rel. Min. ARY FRANCO, Tribunal Pleno, DJe de 6/6/1957; RE 17.468/DF, Rel. Min. OROSIMBO NONATO, Segunda Turma, DJe de 5/4/1951.

Entre essas competências implícitas, não pode ser afastado o poder investigatório criminal dos promotores e procuradores, para que, nos casos que entenderem necessário, produzam as provas necessárias para combater, principalmente, a criminalidade organizada e a corrupção, não parecendo razoável o engessamento do órgão titular da ação penal, que, contrariamente ao histórico da instituição, teria cerceado os seus poderes implícitos essenciais para o exercício das suas funções constitucionais expressas.

Obviamente que o poder investigatório do Ministério Público não é sinônimo de "poder sem limites" ou "avesso a controles", mas sim derivado diretamente das suas funções constitucionais enumeradas no art. 129 de nossa Carta Magna e com plena possibilidade de responsabilização dos seus membros por eventuais abusos cometidos no exercício das suas funções, pois, em um regime republicano, todos devem fiel observância à Lei.

O que não se pode permitir é, sob falsos pretextos, o afastamento da independência funcional do Ministério Público e a diminuição das suas funções – expressas ou implícitas –, sob pena de grave perigo de retrocesso no combate ao crime organizado e na fiscalização à corrupção na administração pública, pois esse retorno à impunidade, como sempre alertado por NORBERTO BOBBIO, gera a ineficiência e o descrédito na Democracia.

Interpretando o texto constitucional, especialmente o art. 129, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu ser " *perfeitamente possível que o órgão ministerial promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito* ", pois, conforme salientado pela Min. ELLEN GRACIE, " *tal conduta não significaria retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144), de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos, mas também a formação da opinio delicti* " (HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 3/4/2009; HC 96.638/BA, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 1º/2º/2011).

A CORTE reconheceu, ainda, a " *validade jurídica dessa atividade investigatória do Ministério Público, entendendo derivar implicitamente de seu "monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública* ", consagrado no art. 129, I, da Carta Magna, sendo, portanto, " *plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do Ministério Público, pois os organismos policiais (embora detentores da função de Polícia Judiciária), não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da competência penal investigatória* ", como destacado pelo Decano, Min. CELSO DE MELLO (HC 89.837/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 20/11/2009).

Em sede de recurso extraordinário com repercussão geral (RE 593.727/MG, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Red. p/ o acórdão o Min. GILMAR MENDES, DJe de 8/9/2015), este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL definiu que:

[...] o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição.

Desse modo, a não ser que se queira interpretar a Constituição Federal à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser, a possibilidade de designação de membro do Ministério Público para acompanhar as investigações que envolvem policiais na prática de crimes previstos na Lei n. 12.850/13 em nada viola a competência da própria Corregedoria de Polícia, especialmente à luz do poder investigatório do Ministério Público, plácido por esta CORTE no RE 593.727 RG/MG, acima mencionado, e do seu controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CF). O representante não só poderá acompanhar as investigações, como também poderá requisitar as diligências que entender necessárias.

Essa é, inclusive, a visão majoritária da doutrina. A esse respeito, ANTÔNIO WELLINGTON BRITO JÚNIOR ( *Comentários à Lei 12.850/2013* , Editora Lumen Juris, 2017, p. 68) aponta que:

O dispositivo diz outra coisa. Fala que, em havendo a participação de policiais no cometimento de crimes ligados a organizações criminosas, incumbirá a Corregedoria de Polícia a instauração do IP, cuja investigação terá a participação do MP, a quem incumbirá designar um membro para atuar no feito, não na presidência da investigação, mas no acompanhamento dela, a fim de que o promotor

de justiça possa reagir e tomar as providências cabíveis, acaso existente causa que embarace o fluir da investigação, em homenagem ao controle externo da atividade policial.

**A lei regulamenta um procedimento e não alija o MP de participar dele, exercendo o controle externo da polícia, que lhe fora consagrado constitucionalmente** . Há previsão de um ato vinculado e, ao mesmo tempo, previu-se um mecanismo de controle de eventuais omissões por parte da corregedoria. Não se veicula norma que estabeleça iniquidades. Assim como não há como inferir daí que a corregedoria necessariamente será omissa em apurar crimes imputados a policiais ou a milicianos. Não se pode partir dessa conclusão, carregada de profunda desconfiança em relação à figura do delegado de polícia.

No mesmo sentido, MARCELO BATLOUNI MENDRONI ( *Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado* , Editora Atlas, 2014, p. 20) registra:

Essa mesma atuação de acompanhar os passos da investigação torna-a mais rápida, porque, **trabalhando juntamente com a Corregedoria da Polícia, evita que se realizem eventuais diligências desnecessárias, do seu ponto de vista, para que priorizem o seu tempo realizando as diligências necessárias para a conclusão dele mesmo - Promotor - incumbido de oferecer a denúncia** . Com isso pode solicitar diretamente ao Delegado de Polícia a busca de algumas evidências, enumeradas de forma priorizada e seletiva, e solicita, ao mesmo tempo, a realização de exames e perícias ou provas técnicas à Polícia Técnica (o Instituto de Criminalística), promovendo sem demora a dita base sólida da fase pré-processual. A finalidade será a aplicação de uma Justiça mais rápida e com maiores chances de viabilização de um processo com qualidade, justo e correto como instrumento de aplicação da Justiça penal, inclusive sob o ponto de ser o Processo Penal um fator de constrangimento para a vida social do imputado.

Por derradeiro, ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO ( *Crime Organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado* , 2ª ed., Editora JusPODIVM, 2014, p. 23-24) observam que:

**O parágrafo em comento é desdobramento lógico do controle externo da polícia exercido pelo Ministério Público** , dever constitucionalmente previsto, garantia fundamental do cidadão (art. 129, VII, CF).

A atuação da Corregedoria, acompanhada pelo Ministério Público, obviamente não impede que o Promotor de Justiça ou Procurador da República conduza investigação (atribuição exaustivamente debatida e reconhecida como constitucional nos vários fóruns competentes, culminando com a rejeição da PEC 37).

Aliás, um dos cenários mais alarmantes a justificar a investigação conduzida pelo Ministério Público é aquele em que indícios apontam agentes do Estado envolvidos com o crime organizado.

Assim, é em razão da gravidade da participação de policiais em organização criminosa que o legislador exigiu o acompanhamento da investigação por membro do Ministério Público, tudo com o objetivo de apurar os fatos de forma mais detalhada e criteriosa, não impedindo que o Ministério Público promova diretamente a investigação.

Portanto, em razão da comunicação da Corregedoria de Polícia ao órgão Ministerial representar um desdobramento natural do controle externo do Ministério Público, consoante entendimento pacificado por esta CORTE no RE 593.727/MG (Rel. Min. CEZAR PELUSO, Rel. p/ o acórdão o Min. GILMAR MENDES, DJe de 08/09/2015), não há que se falar na inconstitucionalidade do § 7º do art. 2º da Lei n. 12.850/13.

**2.5. Da inexistência de inconstitucionalidade material da previsão normativa acerca da renúncia do direito ao silêncio. Impossibilidade de renúncia ao direito fundamental ao silêncio como forma de combate à criminalidade organizada. Termo renúncia que deve ser interpretado como não exercício de direito fundamental.**

Diz o art. 4º, §14, da Lei n. 12.850/13:

Art. 4º [...]

§14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

O último ponto deduzido pelo requerente nesta ADI consiste em verificar se o preceito normativo contido no §14 do art. 4º da Lei n. 12.850/13, ao prever que o colaborador renunciaria, na presença do seu defensor, ao direito ao silêncio, violaria o princípio da não incriminação.

A questão é tormentosa e não possui unanimidade na doutrina nacional. De um lado, a favor da constitucionalidade, RENATO BRASILEIRO DE LIMA ( *Legislação Criminal Especial Comentada*, Volume Único, 6ª ed., 2018, p. 709); ANTÔNIO WELLINGTON BRITO JÚNIOR ( *Comentários à Lei 12.850/2013*, Editora Lumen Juris, 2017, p. 184-188); NEFI CORDEIRO ( *Colaboração Premiada: caracteres, limites e controles*, Editora Forense, 2020, p. 43-44); CLEBER MASSON e VINÍCIUS MARÇAL ( *Crime Organizado*, 2ª ed., Editora Forense, 2016, p. 184. De outro, entendendo pela inconstitucionalidade do dispositivo, RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA ( *A Nova Lei de Organização Criminosa – Lei nº 12.850/2013*, in Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Ano X, n. 55, ago-set/2013).

Sem dúvida nenhuma, a previsão normativa, gramaticalmente falando, não foi das melhores. O termo "renúncia", utilizado pelo legislador, abre margem para discussão, dando a entender, para aqueles que leem o dispositivo de forma apressada, que o acusado estaria a renunciar àquilo que é naturalmente irrenunciável (direito fundamental), o que não é verdade.

Ocorre, porém, que, enquanto conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, os direitos humanos fundamentais – entre eles o *direito ao silêncio e a não autoincriminação* – caracterizam-se pela *irrenunciabilidade*.

A consagração do " *direito ao silêncio* " e do privilégio contra a autoincriminação (" *privilege against self-incrimination* ") tornou-se tema obrigatório a ser respeitado em relação ao direito constitucional à ampla defesa, sendo direcionado no intuito de preservar o caráter voluntário de suas manifestações e a regularidade de seu julgamento, com um *diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado*, como bem salientado pelo professor da Universidade de Cambridge (TREVOR ROBERT SQUIDWARD ALLAN. *Constitutional Justice: a liberal theory of the rule of law*, Oxford: University Press, 2006).

Esse *diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado* pressupõe absoluto respeito à dignidade da pessoa, à possibilidade de acesso à defesa técnica, com a participação do advogado em seu interrogatório, e, também, à ausência de qualquer tipo de coação ou indução nas declarações do

investigado ou para que auxilie na produção de provas, por parte do comportamento de autoridades públicas.

O caráter voluntário na produção de provas na óptica de um diálogo equitativo entre o indivíduo e o Estado permite ao acusado optar livre e discricionariamente por auxiliar as autoridades policiais ou o Ministério Público na elucidação dos fatos, podendo, inclusive, aderindo às previsões legais que autorizem benefícios à sua confissão voluntária ou adesão às hipóteses de colaborações premiadas ou redução de pena. São suas opções e de sua defesa técnica. Será o investigado quem escolherá o " *direito de falar ou auxiliar no momento adequado* ".

Porém, em momento algum a imprescindibilidade do absoluto respeito ao direito ao silêncio e ao privilégio da não autoincriminação constitui obstáculo intransponível à obrigatoriedade de participação compulsória dos investigados nos legítimos atos de persecução penal estatal.

Ao investigado são consagrados constitucionalmente o direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação, mas não um genérico "direito de recusa" à autoridade estatal, ou seja, não lhe é permitido recusar a participar de atos procedimentais ou processuais estabelecidos legalmente dentro do Devido Processo Legal.

A garantia ao silêncio do acusado, consagrada no histórico julgamento norte-americano "Miranda v. Arizona", em 1966, em que a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de utilização como meio de prova de interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial, "você tem o direito de ficar calado" (" *you have the right do remain silent* "), além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata de seu advogado, em momento algum, porém, proibiu que o preso ou o acusado fossem encaminhados compulsória ou voluntariamente perante a autoridade competente para participar dos atos procedimentais.

O respeito aos direitos e garantias fundamentais deve ser real e efetivo, jamais significando, porém, que a Constituição Federal estipulou verdadeira *cláusula de indenidade absoluta aos investigados*, para afastar a incidência dos poderes compulsórios do Estado na persecução penal, lícitamente fixados pela legislação.

O absoluto e intransigente respeito às garantias fundamentais não deve, portanto, ser interpretado para limitar indevidamente o dever estatal de exercer a investigação e a persecução criminal, função de natureza essencial

e que visa a garantir, também, o direito fundamental à probidade e segurança de todos os cidadãos.

Além disso, nenhuma das liberdades fundamentais do indivíduo se reveste de um valor absoluto frente à justiça penal. E a função do legislador é disciplinar todas as hipóteses de exigência cautelar e probatória, individualizando caso a caso.

Essa conclusão possibilita, em realidade, a maior relativização dos direitos fundamentais que abrigam as liberdades públicas individuais, mas jamais o seu total esvaziamento. Tal relativização é justificada a partir da indiscutível necessidade de preservação da segurança e da ordem pública, mais vulneráveis diante do fenômeno da criminalidade organizada, como no caso em que se está a analisar.

A propósito, como destaquei em minha obra *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral – doutrina e jurisprudência*, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 369-370, "apesar da consagração do direito ao silêncio, **não existirá inconstitucionalidade no fato de a legislação ordinária prever um benefício legal à confissão voluntária do agente de infração penal**. O direito constitucionalmente garantido de o acusado permanecer em silêncio não é afastado pela confissão espontânea do agente, mas é garantido pela discricionariedade que a Carta Magna lhe confere entre confessar ou calar-se. **Dessa forma, plenamente possíveis eventuais previsões infraconstitucionais de espécies de delações premiadas ou mesmo atenuantes genéricas, em que a confissão espontânea do agente criminoso, mediante alguns requisitos, propiciar-lhe-á melhora em sua situação penal**. Nesse mesmo sentido orientam-se a doutrina e a jurisprudência espanholas, conforme se verifica em julgados do Tribunal Constitucional espanhol noticiados por Francisco Rubio Llorente (*Derechos...op cit.* 353-354)".

A indisponibilidade e a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais (aqui sob a óptica do direito ao silêncio) devem ser entendidas como inerentes ao seu titular, o que não significa a impossibilidade do agente, por sua vontade, de não exercer ou mesmo suspender alguns desses direitos. Nesse sentir, JORGE MIRANDA ( *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 4ª ed., 2008, Coimbra Editora, p. 384-385) lembra que "os direitos fundamentais são indisponíveis e irrenunciáveis", pois ninguém pode ceder ou abdicar de sua titularidade, mas isso "não significa que seus titulares não possam ou não devam aceitar a sua restrição ou não possam, por sua vontade, suspender o exercício de alguns desses direitos".

Afinal, não é demais repisar, à guisa de conclusão, que o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é, por si só, meio de prova, mas sim um caminho para a sua obtenção (art. 3º, I, da Lei n. 12.850/13), até porque descabe condenação lastreada exclusivamente na delação de corréu, consoante reiterados pronunciamentos desta CORTE (HC 94.034/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 05/09/08). A Lei n. 12.850/13 é também expressa nesse sentido (art. 4º, §16): "*Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador*".

Daí ser pertinente a distinção entre "renúncia à titularidade do direito fundamental" e a "renúncia à capacidade de exercício de um direito fundamental", muito bem apresentada por JORGE REIS NOVAIS (*Renúncia a direitos fundamentais*, p. 283, in JORGE MIRANDA, *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Volume 1, Coimbra Editora, 1996) e desenvolvida por PATRÍCIA MÉRI DRIASEL e SANDRA GEARA CARDOSO (*Direitos Fundamentais*, p. 279, in EDUARDO MILLÉO BARACAT, *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*, 1ª ed., Editora Juruá, 2009), a saber:

Quando se faz distinção entre renúncia à titularidade e renúncia à capacidade de exercício de um direito fundamental, fica mais claro que valores devem ser considerados na ponderação de uma situação concreta de renúncia. Na renúncia à titularidade é renunciar total e irrevogavelmente à capacidade jurídica de exercício das faculdades ou poderes que decorrem da posição, enquanto a renúncia ao exercício não é definitiva, pois o sujeito continua na titularidade do direito, podendo voltar a assumir a capacidade plena do exercício do direito.

Essa distinção é tão importante e pertinente para a análise do caso concreto, que o próprio §10 do art. 4º da Lei n. 12.850/13 prevê que, na hipótese de retratação da proposta de colaboração premiada pelas partes, as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. É dizer: como não houve renúncia ao direito ao silêncio, mas simples não exercício dessa prerrogativa diante da expectativa de receber determinado benefício legal, na hipótese de as partes se retratarem do acordo (por exemplo, quando o colaborador altera o seu depoimento em juízo), as provas autoincriminatórias produzidas por ele não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, embora possam ser úteis, na medida de sua veracidade, contra os demais agentes. Assim, frustrada a proposta em

virtude da retratação do colaborador, seria no mínimo injusto que todo esse acervo probatório fosse utilizado contra ele (a retratação equivaleria ao exercício do direito ao silêncio).

Sendo assim, para mim a **colaboração premiada é plenamente compatível com o princípio do *nemo tenetur se detegere*** (direito de não produzir prova contra si mesmo). Os benefícios legais oriundos da colaboração premiada servem como estímulo para o acusado fazer uso do exercício de não mais permanecer em silêncio. Na verdade, o que o acusado faz é uma opção: em troca dos benefícios que a Lei n. 12.850/13 oferece, ele escolhe abrir mão, voluntariamente, do direito de permanecer em silêncio. DAMÁSIO E. DE JESUS registra que " *voluntário é o ato produzido por vontade livre e consciente do sujeito, ainda que sugerido por terceiros, mas sem qualquer espécie de coação física ou psicológica* " (disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7551/estagio-atual-da-delacao-premiada-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em: 25/02/2020).

Portanto, caberá ao próprio indivíduo decidir, livremente e na presença da sua defesa técnica, se colabora (ou não) com os órgãos responsáveis pela persecução penal.

Nesse sentido, RENATO BRASILEIRO DE LIMA ( *Legislação Criminal Especial Comentada* , Volume Único, 6ª ed., 2018, p. 709):

Parece ter havido um equívoco por parte do legislador ao fazer uso do verbo renunciar. Afinal, se se trata, o direito ao silêncio, de direito fundamental do acusado previsto na Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, §2º, "g") é evidente que não se pode falar em renúncia, porquanto tais direitos são, por natureza, inalienáveis (ou indisponíveis). Por consequência, o caráter indisponível do direito ao silêncio conduziria à nulidade absoluta, por ilicitude de objeto, do acordo de colaboração premiada em que fosse pactuada a renúncia a esse direito. **Na verdade, não há falar em renúncia ao direito ao silêncio, mas sim em opção pelo seu não exercício, opção esta exercida voluntariamente pelo investigado/acusado, que, para tanto, deverá contar com a assistência técnica de seu defensor e ser previamente informado de que não é obrigado a "colaborar para a sua própria destruição" ( *nemo tenetur se detegere* ) .**

ANTÔNIO WELLINGTON BRITO JÚNIOR ( *Comentários à Lei 12.850 /2013* , Editora Lumen Juris, 2017, p. 188) também assim entende:

Quando aceita a colaboração, o cooperador voluntariamente assume a condição de sujeito ativo de crimes. Tudo isso é feito espontaneamente. Ninguém o obriga a falar e o defensor o esclarecerá de todas as implicações do negócio premial. **O direito ao silêncio não lhe é sonogado, pois a lei apenas lhe confere uma opção, uma escolha**. Fosse outro o raciocínio, também não seria permitida a confissão, que é meio de prova aceito no ordenamento.

Por fim, CLEBER MASSON e VINÍCIUS MARÇAL ( *Crime Organizado* , 2ª ed., Editora Forense, 2016, p. 184) apontam que:

Sendo assim, com a celebração do acordo de colaboração premiada, **o colaborador faz, em verdade, uma opção pelo não exercício do Direito Constitucional ao silêncio**, tudo mediante a supervisão e orientação de seu defensor (" *em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor*" - §15, do art. 4º).

Aliás, na sempre lembrada colaboração premiada do então Senador Delcídio do Amaral (Pet 5.952/DF), o saudoso Min. TEORI ZAVASCKI não só criticou a má técnica legislativa, como entendeu que, no caso da colaboração premiada, o colaborador faz uma opção pelo não exercício do direito ao silêncio:

Quanto ao conteúdo das cláusulas acordadas, é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo. Sob esse aspecto, o conjunto das cláusulas do acordo guarda harmonia com a Constituição e as leis, com exceção da **expressão "renúncia" à garantia contra a autoincriminação e ao direito ao silêncio**, constante no título VI do acordo (fl. 20), no que possa ser interpretado como renúncia a direitos e garantias fundamentais, **devendo ser interpretada com a adição restritiva "ao exercício" da garantia e do direito respectivos no âmbito do acordo e para seus fins**.

Logo, a escolha do investigado em colaborar com as investigações permanece dentro do âmbito do seu livre arbítrio, pois somente ele poderá avaliar os benefícios advindos da colaboração premiada. É opção exclusiva da sua defesa, especialmente sob a óptica da sua autodefesa. A esse respeito, THIAGO BOTTINO ( *Colaboração premiada e incentivos à*

*cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato" , in Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 122, ago 2016, p. 381):*

A escolha consciente e voluntária pela colaboração premiada pressupõe um cálculo de custo benefício evidenciando o caráter utilitário da medida. O criminoso avaliará o benefício esperado (vantagens que receberá pela cooperação) e o custo esperado (aí considerados, de um lado, o risco em não cooperar, ou, do outro lado, os efeitos do descumprimento do acordo).

Até porque o Poder Judiciário somente poderá analisar a legalidade desse " *negócio jurídico personalíssimo* ", e não o mérito, que deve ser entendido como o juízo de conveniência e oportunidade devidamente acordado entre o Ministério Público/Polícia e o "colaborador/delator", que poderão, entre as hipóteses legal e moralmente admissíveis, escolher aquela que entender como a melhor para o interesse público no âmbito das investigações criminais e da persecução penal (VEDEL, Georges. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 318; FAGUNDES, M. Seabra . *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 131).

O acordo de *colaboração premiada* envolve o Estado (Ministério Público ou Polícia) e, portanto, é um *negócio jurídico personalíssimo, no campo do Direito Público*, ambiente no qual a discricionariedade permitida para a celebração nunca é absoluta, pois balizada pela Constituição e pela legislação, sob pena de poder se converter em arbitrariedade.

Mesmo tendo caráter discricionário quanto ao mérito, o acordo de colaboração está vinculado ao império constitucional e legal, pois, como muito bem ressaltado por JACQUES CHEVALLIER, " *o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito* " ( *L'État de droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 12).

O Estado de Direito exige a vinculação das autoridades ao Direito (LARENZ, Karl. *Derecho justo : fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 154) e, portanto, o Ministério Público ou a Polícia, ao celebrarem o acordo de colaboração premiada, devem respeito aos requisitos legais.

Assim, o que não se pode fazer é transformar a colaboração premiada em uma espécie de "caça às bruxas", afinal, não podem ser diretamente

negociadas delações por crimes alheios ao processo e agrupamento criminoso, tampouco direcionar a delação para fora dos seus limites legais com o objetivo de perseguir "A" ou "B". O proposital direcionamento da delação transforma a pretensa descoberta acidental de crimes (serendipidade) em abuso por direcionamento pessoalizado estatal.

**Compreensível, então, o termo "renúncia" ao direito ao silêncio não como forma de abdicação absoluta ao seu direito de não produzir prova contra si mesmo, mas sim como o "livre exercício do direito ao silêncio e da não autoincriminação pelos colaboradores, em relação aos fatos ilícitos que constituem o objeto dos negócios jurídicos" voltados à troca de benefícios penais mais vantajosos. Afinal, quem colabora não silencia, não mente. Tal circunstância somente permite a homologação judicial nos termos definidos anteriormente, ou seja, enquanto previsão do livre exercício do direito ao silêncio e da não autoincriminação pelos colaboradores, em relação aos fatos que constituem o objeto dos negócios jurídicos sob análise.**

Concluindo o meu raciocínio, penso ser plenamente constitucional o dispositivo em análise (§14 do art. 4º da Lei n. 12.850/13), tendo em vista que a colaboração premiada é ato voluntário, firmado na presença da defesa técnica (que deverá orientar o investigado acerca das consequências do negócio jurídico) e que possibilita grandes vantagens ao acusado, entre elas a concessão de perdão judicial, a redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade ou, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

### **3. Dispositivo.**

Diante do exposto, pelo meu voto, CONHEÇO da ação e a julgo IMPROCEDENTE, reconhecendo a constitucionalidade do art. 2º, § 1º, § 6º e § 7º, e do art. 4º, § 14º, da Lei n. 12.850/2013, **conferindo, contudo, interpretação conforme à Constituição Federal** ao último, a fim de declarar que o termo "renúncia" contido no § 14º do art. 4º da Lei n. 12.850/13 deve ser interpretado não como forma de esgotamento da garantia do direito ao silêncio, que é irrenunciável e inalienável, mas sim como forma de "livre exercício do direito ao silêncio e da não autoincriminação pelos colaboradores, em relação aos fatos ilícitos que constituem o objeto dos negócios jurídicos", haja vista que o acordo de colaboração premiada é ato voluntário, firmado na presença da defesa técnica (que deverá orientar o investigado acerca das consequências do negócio jurídico) e que possibilita grandes vantagens ao acusado.

É como voto.

*Plenário Virtual - minuta de voto - 05/06/2020 00:00*